



Paris, le 18 avril 2024

Monsieur Laurent FABIUS
Président du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 PARIS

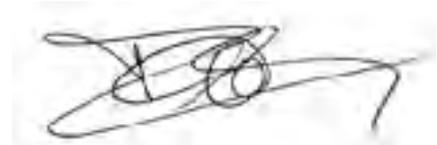
Monsieur le Président,

Conformément au second alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel le projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique.

À cet effet, vous voudrez bien trouver, ci-joint, la liste des signataires du recours ainsi qu'un mémoire développant les motifs de la saisine.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre haute considération.

Mathilde PANOT,
Présidente du groupe
La France insoumise – NUPES



Paris, le 18 avril 2024

Recours au Conseil constitutionnel sur le projet de loi visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi « *visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique* » adopté le 2 avril 2024 par le Sénat et le 10 avril 2024 par l'Assemblée nationale. Les députées et députés, auteures et auteurs de la présente saisine, estiment que ce texte méconnaît notamment, et de manière manifeste, le droit au respect de la vie privée, le principe d'égalité, le principe de légalité des délits et des peines, le droit à la sûreté ainsi que le respect des droits de la défense, respectivement garantis par les articles 2, 4, 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

L'espace numérique rebat les cartes de la frontière entre l'espace public et l'espace privé et doit à ce titre faire l'objet d'une régulation minutieuse et respectueuse des droits et libertés que notre Constitution garantit.

Sur l'article 1er et l'incompétence négative tenant au renvoi à l'Autorité de régulation et de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) la création d'un référentiel

L'article 1^{er} de la loi contestée propose de garantir un contrôle effectif de la majorité des personnes pour l'accès aux sites mettant à disposition du contenu pornographique. La loi prévoit à cet effet de renvoyer à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le soin créer un référentiel « *déterminant les exigences techniques minimales applicables aux systèmes de vérification de l'âge* ».

Votre Conseil censure, au titre de l'article 34 de la Constitution, les incompétences négatives. Il considère à ce titre qu' « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Consti-*

tution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi" (Décision n°96-380 DC du 23 juillet 1996 ; cons. 25). Par conséquent, l'incompétence négative peut être caractérisée en raison du manque de précision du dispositif, ainsi que par le manque de garantie légale ou encore par le renvoi explicite à une autorité administrative le soin de préciser des matières appartenant au domaine de la loi. Ces exigences sont d'autant plus importantes en matière de droits et libertés, dans la mesure où le législateur doit précisément encadrer l'application de sa loi afin de ne pas priver de garantie légale leur exercice effectif¹.

La création d'un système technique de vérification de l'âge sur internet questionne directement le droit au respect de la vie privée, que votre Conseil rattache aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (Cons. const. 23 juillet 1999, n°99-416 DC), du fait de la consultation et de la captation par un système informatisé de données personnelles. En effet, le droit à la vie privée est le noyau dur du respect de la liberté personnelle et fonde l'autonomie de l'individu notamment dans ses choix relatifs à son identité ainsi que les actions qu'il souhaite mener. La consultation et la captation de données à caractère personnel ne peuvent être justifiées que par un motif d'intérêt général. Le dispositif de la loi poursuit un tel but, celui de la protection des mineurs. Cependant, le dispositif ne peut manquer en précision et par conséquent priver de garantie légale suffisantes le droit au respect de la vie privée.

Or, Le référentiel proposé par la loi révèle une incompétence négative à deux égards : d'une part sur la création du référentiel, auquel la loi n'attache aucune précision et renvoie à une autorité administrative le soin de préciser ce référentiel, et d'autre part sur la conduite des audits et les organismes compétents pour les mener.

L'alinéa 3 de l'article 1^{er} se limite à exiger que le référentiel respecte « la vie privée » des utilisateurs. À ce titre, l'étude d'impact révèle que les modalités techniques sont encore en cours d'expérimentation : « *Des travaux d'expérimentation sont en cours entre la CNIL et le PEReN sur le développement d'une solution de double anonymat.* ». L'étude révèle aussi que le choix de la technique de vérification n'est pas encore fixé et que si la CNIL privilégie le recours à un système de double anonymisation, pour le moment aucun système n'est capable

¹ Voir en ce sens et à titre d'exemple vos décisions n°86-217 DC, 18 septembre 1986 et n°89-259 DC, 26 juillet 1989

d'assurer le droit au respect de la vie privée. Ainsi, la seule exigence évoquant le "respect de la vie privée" sans précision supplémentaire sur la qualité du tiers indépendant, ou encore sur les modalités de collecte des données par ce tiers, ni sur les limites du recours à une telle vérification de l'âge révèlent un défaut de précision et d'intelligibilité. Par conséquent, renvoyer à une autorité administrative le soin de fixer unilatéralement le référentiel technique de vérification, alors même que les difficultés matérielles ne permettent pas d'assurer une anonymisation satisfaisante vis-à-vis à la fois du tiers et du site consulté, prive de garantie légale suffisante le droit à la vie privée.

De plus, l'alinéa 3 de l'article 1^{er} prévoit que l'ARCOM pourra ordonner la conduite d'audit des systèmes de vérification de l'âge des sites sur la base du référentiel produit par elle. Ces audits seront conduits par « un organisme indépendant ». La rédaction est ici hasardeuse car elle ne permet pas d'une part de déterminer les exigences d'indépendance de l'organisme et d'autre part de déterminer les modalités de réalisation de ces audits. Ces manquements font à nouveau peser un risque sur le droit à la vie privée. En effet, l'article 1^{er} ne prévoit aucune garantie quant à l'accès aux données à caractère privée par ces organismes ni aucune garantie quant à l'indépendance de ceux-ci et se contente à nouveau de renvoyer les modalités de mise en œuvre de l'article à une autorité administrative sans garantie explicite.

Eu égard aux risques pesant sur le droit à la vie privée, garanti aux articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence, exigé en l'espèce pour encadrer le dispositif de garantie légale nécessaire au respect du droit à la vie privée. Par conséquent, l'article 1^{er} est inconstitutionnel en raison de l'incompétence négative du législateur.

Nonobstant, les griefs précédemment soulevés, l'article 1^{er} est contraire à la Constitution en raison du manque de clarté et de sincérité des débats. Votre Conseil garantit, sur le fondement des articles 3 de la Constitution et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire². Ce principe implique, notamment de la part du Gouvernement une forme "d'honnêteté" et de "loyauté" envers la représentation nationale dans les informations qu'il donne à cette dernière lors des débats. Or,

² Cons. const., 13 octobre 2005, n° 2005-526 DC

le 11 avril 2024 l'ARCOM dévoile le référentiel³ prévu à l'article 1er et retarde de six mois l'entrée en vigueur d'une potentielle vérification de l'âge via la "double anonymisation". Seule à même de garantir selon l'étude d'impact une véritable garantie du droit au respect de la vie privée.

Selon le référentiel publié, l'ARCOM prévoit que durant cette période transitoire, les sites destinataires du référentiel pourront vérifier l'âge par le biais de l'empreinte d'une carte bancaire, pendant au moins les six premiers mois après la promulgation de la loi, voire par le biais d'une analyse biométrique du visage. Or, ces méthodes de vérification sont particulièrement intrusives en ce qu'elles permettent une identification forte des individus, c'est-à-dire que les données collectées par le site destinataire ne se limitent pas seulement à l'âge mais à un ensemble de données qui permettent d'identifier personnellement l'individu. Enfin, l'empreinte bancaire soumet les individus à un risque plus large d'hameçonnage ou d'arnaque en ligne.

Lors des débats sur ce dispositif à l'Assemblée nationale, le 4 octobre 2023⁴, et malgré les doutes évoqués dans l'étude d'impact, le gouvernement a maintenu que la méthode de la double anonymisation était applicable et fiable, le référentiel proposé par l'ARCOM prouve le contraire. Par conséquent, le Gouvernement a fait preuve d'insincérité et n'a pas permis au législateur d'avoir les données nécessaires à un débat clair et loyal sur les avancées techniques et matérielles d'un tel dispositif. L'article 1er est donc contraire à la Constitution dans la mesure où il contrevient au respect de la sincérité des débats.

Sur l'article 2 et la contrariété au droit à un procès équitable, au principe de la légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté d'expression

L'article 2 de la loi déférée organise les mécanismes de sanction administrative déclenchée par l'ARCOM contre les personnes ou les services de communication en ligne qui permettent aux mineurs d'avoir accès à du contenu pornographique en ne mettant pas en place un système de vérification de l'âge. L'article prévoit la possibilité pour l'ARCOM de prononcer des sanctions pécuniaires, ainsi que des sanctions de blocage ou de déréférencement des sites visés

³<https://www.arcom.fr/vos-services-par-media/consultations-publiques/consultation-publique-sur-le-projet-de-referentiel-determinant-les-exigences-techniques-minimales-applicables-aux-systemes-de-verification-de-lage-mis-en-place-pour-acces-contenus-pornographiques-en-ligne>

⁴ Séance du mercredi 4 octobre 2023. <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2023-2024/deuxieme-seance-du-mercredi-04-octobre-2023>

par les services de fourniture d'accès à internet. L'alinéa 12 de l'article 2 prévoit la durée maximale de la sanction de blocage par les fournisseurs d'accès ou de déréférencement, que l'ARCOM pourra ordonner contre les personnes et sites contrevenant aux exigences de vérification de l'âge. Cette sanction est limitée à une durée maximale de deux ans. De plus, l'alinéa 14 de l'article 2 circonscrit à un délai de cinq jours à compter de la notification de la décision de l'ARCOM, pour engager un recours en annulation devant le juge administratif.

Votre Conseil a considéré (votre décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020) qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». *En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer.* »

La liberté d'accéder à internet implique donc que la limitation d'accès à des services de communication en ligne ne puisse se faire que dans le cadre d'une procédure proportionnée à un but d'intérêt général. L'importance de cette liberté suppose par transitivité un encadrement strict des moyens de coercition mis en œuvre pour le but légitime de protection des mineurs.

À ce titre, votre Conseil considère que les sanctions administratives sont soumises aux règles qui régissent les peines pénales. Le principe de légalité des délits et des peines doit par conséquent être garanti. Ainsi, votre Conseil a considéré « *qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense* » et « *que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire* » (Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989, cons. 35 et 36).

Par conséquent, la sanction administrative doit être strictement encadrée en raison du respect du principe de légalité des délits et des peines garanti à l'ar-

article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi que du respect du droit à un procès équitable garanti à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Or, le dispositif prévu à l'alinéa 12 couplé à l'alinéa 14 est manifestement contraire au respect de ces principes et droits fondamentaux que la Constitution garantit.

En effet, la durée maximale de la sanction de déréférencement et ou de blocage prévu à l'alinéa 12 est excessive pour une sanction administrative et porte ainsi une atteinte disproportionnée à la liberté de communication. Cependant, cette durée révèle son inconstitutionnalité manifeste lorsqu'elle est analysée à la lumière de l'alinéa 14. Le délai dérogatoire de cinq jours pour la demande de référé en annulation de la décision de l'ARCOM ne permet pas aux personnes concernées de disposer d'un temps suffisant pour accéder au juge. Cette dérogation n'est justifiée par aucune raison d'intérêt général, et risque de contraindre un ensemble de personnes à des exigences de vérification de l'âge alors même qu'ils ne devraient pas être soumis à une telle vérification. Ce risque tient au fait qu'au-delà des cas tenant à l'évidence, le caractère pornographique des images ne serait déterminé que par la seule ARCOM sans accès à un juge dans un délai raisonnable. Les moyens de contestation de la décision administrative ne peuvent donc, par le risque qu'elle fait nécessairement peser sur la liberté d'expression et de communication, être soumis à un délai aussi court et strict. De plus, le contenu pornographique n'est pas en soi illicite, ce qui par conséquent nécessite des garanties plus strictes quant aux moyens de limitation de diffusion de ce type de contenu à l'instar des contenus relatifs au terrorisme, aux actes de barbarie et de torture, ou encore à la pédopornographie. Ces derniers sont des abus de la liberté d'expression et de communication comme le rappelle votre Conseil dans sa décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 lorsqu'il avance que « *La diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs, d'une part, et la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes, d'autre part, constituent des abus de la liberté d'expression et de communication qui portent gravement atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* » (considérant n°6). Ainsi, la limitation de l'accès aux mineurs à du contenu pornographique sur internet doit mettre en œuvre les moyens nécessaires au respect du droit à la vie privée ainsi qu'aux garanties de la liberté de communication et par transativité des droits de la défense qui permettent l'exercice effectif des deux premiers.

Ainsi, l'article 2 de la loi déferée est contraire au droit à un procès équitable ainsi qu'au principe de la légalité des délits et des peines. Par conséquent, par transativité, le non-respect de ces droits-garants fait peser une atteinte manifestement excessive à la liberté d'expression et de communication. Des alinéas 12 et 14 dépendent la substance générale de l'article 2 qui doit être considéré contraire, dans sa totalité, à la Constitution sur le fondement des motifs précités.

Sur l'article 4 et 5 et sur la contrariété au droit à un procès équitable ainsi qu'à la liberté d'expression

L'article 4 et l'article 5 de la loi déferée prévoient l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) pourra exiger d'un fournisseur de service d'hébergement le retrait de contenu à caractère pédopornographique (article 4) ou d'images d'acte de torture de barbarie (article 5). Les délais proposés par la loi pour contester la décision de l'autorité administrative sont extrêmement courts et ne permettent pas de garantir, de manière proportionnée, le droit à un procès équitable et par transativité la liberté d'expression.

L'article 4 de la loi prévoit plusieurs délais. L'OCLCTIC peut notifier le fournisseur de service d'hébergement des informations sur les procédures et les délais applicables au minimum douze heures avant l'émission de la demande de retrait. Le second délai concerne l'incrimination, laissant au fournisseur un délai de vingt-quatre heures pour supprimer le contenu visé par la demande de l'OCLCTIC. Enfin, l'article 4 et l'article 5 prévoient un délai de quarante-huit heures pour demander l'annulation de l'injonction de retrait en procédure urgente, statuant sur le fond.

Votre Conseil a considéré dans sa décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, portant sur un dispositif similaire que « *La diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs, d'une part, et la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes, d'autre part, constituent des abus de la liberté d'expression et de communication qui portent gravement atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. En imposant aux éditeurs et hébergeurs de retirer, à la demande de l'administration, les contenus que cette dernière estime contraires aux articles 227-23 et 421-2-5 du code pénal, le législateur a entendu faire cesser de tels abus.*

Toutefois, d'une part, la détermination du caractère illicite des contenus en cause ne repose pas sur leur caractère manifeste. Elle est soumise à la seule appréciation de l'administration. D'autre part, l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif et le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour retirer ou rendre inaccessible le contenu visé ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer. Enfin, l'hébergeur ou l'éditeur qui ne défère pas à cette demande dans ce délai peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et à 250 000 euros d'amende.

Dès lors, le législateur a porté à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi.»

Par conséquent, votre Conseil estime que limiter l'accès, de manière disproportionnée, à un recours juridictionnel effectif pour le destinataire de la décision administrative est contraire à la Constitution, malgré la lutte nécessaire contre les abus de la liberté d'expression.

Or, en l'espèce les voies de recours contre la décision administrative sont enfermées dans des délais très court et sont donc disproportionnées au regard du but poursuivi. En effet, l'alinéa 19 prévoit un délai de recours dérogatoire, de quarante-huit heures, pour la nouvelle procédure d'urgence instituée par la loi. Or, rien ne justifie un délai de recours aussi court, ce qui a pour conséquence de porter atteinte au droit à un recours effectif et empêche les destinataires de la décision administrative de disposer des garanties suffisantes à l'exercice de leur liberté d'expression et de communication.

Les procédures juridictionnelles urgentes, notamment les référés devant le juge administratif, ont pour principal objectif de suspendre les effets manifestement illégaux d'une décision administrative. Cette suspension est attachée à une saisine sur le fond. Cette saisine au fond est nécessaire car le juge des référés statuant en urgence ne dispose pas de moyens d'instruction suffisants pour délibérer de manière équitable. Le juge des référés se limite à évaluer les illicéités manifestes et sa décision n'a aucune incidence sur la décision au fond.

Or, en l'espèce, le délai de recours d'une part, ainsi que le délai pour statuer d'autre part sont extrêmement courts et imposent au juge de statuer sur le fond dans l'urgence. Le requérant ne dispose en tout que de quatre-vingt-quatre heures pour préparer sa défense devant un juge qui ne disposera en première ins-

tance que de soixante-douze heures pour statuer. La limitation d'une défense préparée, notamment en raison de la difficulté de déterminer le caractère manifestement illicite d'un contenu, ou encore en raison d'un domaine qui nécessite une certaine technicité – en ce qui concerne les difficultés techniques tenant au retrait d'un contenu –, ainsi que le délai pour statuer au fond, qui limite le pouvoir d'instruction du juge, sont de natures à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication dont l'effectivité est directement garantie par les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

De plus, l'OCLCTIC est un office de répression et de lutte contre la cybercriminalité et ne dispose donc d'aucun statut d'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. À ce titre, le pouvoir de coercition de cet office est d'autant plus grave sans un accès, sans contrainte excessive, à un juge.

Inscrit dans un délai si court, le dispositif prévu par la loi déferée risque d'annihiler tout recours possible contre la décision de l'OCLCTIC. L'absence de garantie légale sur ce point est une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable et dès lors porte atteinte à la liberté d'expression et de communication. Par conséquent les articles 4 et 5 sont contraires à la Constitution.

Sur l'art. 5 concernant la contrariété à l'objectif d'accessibilité et intelligibilité des lois ainsi qu'aux droits de la défense

L'article 5 propose une expérimentation sur des mesures relatives à des procédures juridictionnelles. Or, aucune mesure transitoire sur la fin de l'expérimentation n'est prévue, ce qui fait peser un risque à la stabilité des procédures administratives et juridictionnelles en cours.

Votre Conseil déduit des articles 34 de la Constitution, ainsi que des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme l'objectif l'accessibilité et l'intelligibilité des lois⁵. Cet objectif est un moyen de lutter contre l'arbitraire en permettant aux destinataires des normes de disposer des éléments suffisants pour connaître le cadre normatif qui leur est applicable, ainsi que les moyens normatifs pour le contester le cas échéant. De plus, en ce qui concerne l'exercice des droits et liberté, cet objectif est de nature à garantir l'existence de garanties légales claires pour les individus.

⁵ Décision n°99-421 DC, du 16 décembre 1999

La procédure juridictionnelle proposée par le dispositif est une procédure administrative plus restrictive que le droit commun, car elle limite le délai de recours à un délai court de quarante-huit heures et un délai de jugement de soixante-douze heures. À ce titre, cette procédure, et sans préjuger de sa constitutionnalité en tant que telle, est plus restrictive que les procédures de droits commun qui s'inscrivent dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, couplée aux référés.

Or, l'article 5 organise une expérimentation pour un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi et ne prévoit aucune disposition transitoire pour la fin de l'expérimentation. En effet, si le législateur est libre de mener à terme l'expérimentation ou non, il doit cependant prévoir que l'expérimentation puisse être menée jusqu'à son terme sans qu'aucune disposition législative ne soit adoptée pour pérenniser – en modifiant ou non – ou abandonner définitivement l'expérimentation. Ce défaut de précision est donc de nature à créer des situations juridiques dans lesquelles des requérants ayant contesté la décision administrative de l'OCLCTIC sous l'empire de la loi déferée, se trouveraient contraint d'initier une nouvelle procédure juridictionnelle sous l'empire du droit commun. Mais dans cette situation, quid du délai de saisine de la justice administrative ? À quel moment commence à courir le délai ? Enfin, quid des décisions en première instance ? Doivent-elles être considérées comme définitives, et à ce titre empêcher tout recours en appel possible contre ces décisions sous l'empire d'une procédure qui n'existe plus ?

Ces incertitudes sont de nature à faire peser un risque d'atteinte grave aux droits de la défense, ainsi qu'au droit à la liberté d'expression. En ne prévoyant, en ce qui concerne des procédures juridictionnelles dérogatoires aucun dispositif transitoire au terme de l'expérimentation, l'article 5 se révèle manifestement contraire à la Constitution et aux exigences d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et porte ainsi atteinte aux droits de la défense, garantis à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et à la liberté d'expression.

Sur l'article 10 et sur la contrariété du droit au respect de la vie privée

L'alinéa 1^{er} de l'article 10 prévoit que l'État se donne pour objectif de donner accès à 100% des Français à une identité numérique. Cet alinéa est contraire à la Constitution en raison d'une part d'une atteinte à la vie privée ainsi que d'un manque de « normativité ».

D'une part, le fait pour l'État de se fixer un objectif dans lequel 100% des citoyens se verront avoir accès à une identité numérique porte atteinte à la vie privée. Le droit au respect de la vie privée protège en premier lieu l'individu dans son identité garantie par la liberté d'être anonyme dans un espace public. Cette anonymat ne signifie pas une absence d'identification possible par les autorités, elle signifie seulement pouvoir ne pas être identifié en permanence et de manière continue. C'est sur cette idée que se fonde en partie le droit au respect de la vie privée concernant la collecte des données personnelles sur internet. Or, le fait de donner à chaque individu une identité numérique est un risque de multiplier le recours à ce mécanisme de vérification pour l'accès à des sites, ce qui oblige donc un ensemble de site, qui ne relève pas de l'autorité de l'État, seul capable d'exiger une identification, de connaître l'identité de la personne. Que l'État dispose pour l'accès numérique à ses propres services d'un tel dispositif peut se justifier, mais il ne peut être un objectif dans un État de droit qui doit aussi garantir une forme d'anonymisation dans les espaces publics.

D'autre part, votre Conseil a considéré qu'une disposition sans portée normative pouvait être déclarée contraire à l'article 6 de la Déclaration du droit de l'Homme et du citoyen, (Cons. Const., décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 ; cons. 16 et s.). Or, cet objectif est seulement un objectif d'accès et ne fixe aucune modalité technique, ou même de garantie légale sur ce que devrait être cette identité numérique.

Par conséquent l'article 10 est contraire au droit respect de la vie privé ainsi qu'à l'objectif de normativité des lois.

Sur l'article 17 et sur la contrariété au principe de proportionnalité des délits et des peines

L'article 17 prévoit une aggravation de la peine de chantage prévue à l'article 312-10 du code pénal, lorsque ce chantage a été commis au moyen d'images ou de vidéos à caractère sexuel, ou lorsqu'il a pour objet d'obtenir de tels contenus. L'aggravation fait passer la peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

Votre Conseil considère que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 garantit la nécessité et la proportionnalité des délits et des peines (Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981). L'article 8 garantit à ce titre contre toute création d'infraction manifestement disproportion-

née ou non nécessaire. En effet, votre Conseil rappelle à cet égard « *qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* », et qu'il se limite à ne censurer que les erreurs manifestes.

Or, en vertu de l'article 312-11 du code pénal, peine de chantage est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsque celle-ci est mise à exécution. Par conséquent, l'aggravation de la peine prévue par la loi déferée ne créait aucune distinction, en matière de peine encourue, entre le chantage et la mise en exécution de celui-ci concernant le chantage aux moyens d'image ou de vidéos à caractère sexuel, ou lorsqu'il a pour objet d'obtenir de tels contenus.

Cette absence de distinction révèle une erreur manifeste de la part du législateur dans la mise en œuvre de l'échelle des peines en fonction des actes commis. Il est difficile de défendre que le chantage par le biais d'images ou de vidéos sexuel puisse être de même nature que la diffusion de ces images. Par conséquent, la peine est manifestement disproportionnée et l'article 17 doit être considéré contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Sur l'article 19 et sa contrariété au principe d'égalité devant la justice, au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'à la liberté d'expression.

L'article 19 crée un nouveau délit d'outrage en ligne. En raison des imprécisions quant à l'élément moral de l'infraction, ainsi que l'imprécision attachée aux faits incriminés, mais aussi au champ d'application extrêmement large du délit cet article doit être considéré contraire au principe de légalité des délits et des peines garanti à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'à la liberté d'expression et de communication garantie par son article 11.

La détermination du délit d'outrage en ligne manque en précision et est en ce sens contraire au principe de légalité des délits et des peines. En effet, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen impose à la loi pénale une précision particulière afin d'éviter tout arbitraire dans l'application de celle-ci. Or, la loi déferée est problématique à plusieurs égards. D'une part, l'outrage n'est pas clairement défini et recoupe d'autres délits existants, notamment les délits d'injure ou de diffamation que la loi du 29 juillet 1881 incrimine déjà et pour lesquels les peines sont manifestement plus douces, car la loi du 29

juillet 1881 ne prévoit pas pour l'injure et la diffamation des peines de prison, sauf en ce qui concerne les propos à caractère raciste, ou sexiste, d'apologie de crime contre l'humanité, etc. La raison de cette relative clémence tient au fait que la liberté d'expression fait partie du noyau dur des droits fondamentaux de notre ordre juridique organisant un État de droit démocratique. Votre Conseil le rappelle d'ailleurs régulièrement en précisant que « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.* » (Cons. n°9 ; Décision n°2022-841 DC, du 13 août 2022). De plus, le caractère particulièrement contextuel et imprécis de ce qui tient d'une injure, d'une diffamation ou encore d'un outrage nécessite une certaine prudence dans la peine applicable, eu égard au respect du principe de légalité des délits et de peines découlant du principe de proportionnalité des délits et des peines.

D'autre part, cette proximité entre le nouveau délit créé par loi déferée et les délits prévus par la loi du 29 juillet 1881 risque de créer des situations d'inégalité dans l'application de la loi pénale, permettant à deux individus d'être condamnés pour des mêmes fait sous l'empire de deux lois différentes. Cette situation fait donc peser un risque d'arbitraire majeur dans l'application de la loi pénale et doit donc être déclaré contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Enfin, la loi déferée prévoit aussi de qualifier le délit d'outrage par la situation « *intimidante, hostile ou offensante* » que les propos créent à l'égard du destinataire. À nouveau, le texte de la loi manque en précision.

L'application de ce délit d'outrage est d'autant plus problématique qu'il dispose d'un champ d'application extrêmement large. En effet, l'alinéa 5 de l'article renvoie tout à la fois aux services de communication en ligne, aux réseaux sociaux, ainsi qu'à toute plateforme de partage de vidéo. Ce large champ d'application englobe donc tout échange numérique en ligne sans distinguer que ces derniers soient des échanges privés, non-publics, ou publics. Or, la liberté d'expression impose de moduler les limites en fonction du champ dans lequel l'expression se déploie. En effet, la condamnation d'une expression ne peut être uniforme dans la mesure où chacun de ces espaces ne répond pas au même degré de protection de la liberté d'expression et de communication. La protection

des échanges privés est un des socles de notre État de droit libéral et doit donc être particulièrement importante.

À ce titre, l'absence de distinction sur le caractère public, non-public ou privé des échanges doit être déclarée contraire au principe de proportionnalité et de nécessité des peines que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 garantit.

Enfin l'article 19 prévoit la possibilité de recourir à l'amende forfaitaire prévue par les articles 495-17 à 495-25 du Code de procédure pénale. Votre Conseil a eu l'occasion de préciser le régime juridique de ce dispositif procédural permettant d'éteindre l'action publique par le paiement d'une amende pour des actes relevant d'un délit.

Dans sa décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, votre Conseil a considéré qu' *« il découle du principe d'égalité devant la justice que, si les exigences d'une bonne administration de la justice et d'une répression effective des infractions sont susceptibles de justifier le recours à de tels modes d'extinction de l'action publique en dehors de toute décision juridictionnelle, ce n'est qu'à la condition de porter sur les délits punis d'une peine d'emprisonnement qui ne peut être supérieure à trois ans, dont les éléments constitutifs peuvent être aisément constatés, et de ne mettre en œuvre que des peines d'amendes de faible montant. »* Par conséquent, le recours à l'amende forfaitaire est strictement limité aux éléments constitutifs qui peuvent être aisément constatés. Or, en raison des arguments précités, les éléments constitutifs de l'outrage n'entrent pas dans ces considérations, d'une part en raison de la proximité des délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881, et d'autre part en raison de la difficulté et du caractère hautement subjectif pour déterminer les situations intimidantes, hostiles ou offensantes. À ce titre, l'amende forfaitaire fait peser le risque d'une application arbitraire de la sanction pénale et est donc contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Ainsi, ces derniers arguments en sus, l'article 19 est contraire au principe d'égalité devant la justice que les articles combinés 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 garantissent, au principe de légalité des délits et des peines garanti à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui garantit la liberté d'expression.

Sur l'article 23 et sa contrariété au principe de sûreté ainsi qu'au droit au respect de la vie privée

L'article 23 prévoit la création d'une réserve citoyenne du numérique chargée, notamment, d'alerter le procureur de la République sur tout délit ou constat de l'existence d'un contenu illicite au sens du Digital Services Act (Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE).

L'objectif à valeur constitutionnelle de recherche des auteurs d'infractions (Décision, n°2021-930 QPC, § 17) oblige le législateur à mettre en œuvre les dispositifs nécessaires à retrouver les auteurs d'infractions et ce dans le respect des droits et libertés des individus que la Constitution garantit. Cet article 23 est contraire à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui garantit le principe de sûreté, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée que les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 garantissent.

D'une part, l'alinéa 4 de l'article 23 prévoit que la réserve citoyenne devra alerter le procureur de la République lorsque cette réserve constate ou prend connaissance d'un délit, ainsi que les « contenus illicites » telles qu'ils sont définis dans le règlement 2022/2065, c'est-à-dire « *toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit;* ». C'est une définition extrêmement large qui ne renvoie pas nécessairement à des infractions, mais à toute illicéité sans distinction entre ce qui tient de la matière pénale, des autres matières, administrative, civile, commerciale, etc. Si les actes illicites en matière pénale supposent une réaction de la société nécessaire à la garantie de l'ordre public, les actes illicites dans d'autres matières n'appellent pas nécessairement une réaction de la société. En effet, la réparation des actes illicites en matière civile ou administrative n'est activée qu'à la demande d'une personne ayant subi un préjudice, et n'implique pas que l'autorité publique puisse se substituer à l'individu. La réparation n'est pas ici un objectif d'ordre public. À ce titre, la réparation est un corollaire de la liberté personnelle des individus, la liberté de saisir ou non la justice pour demander une réparation du préjudice qu'ils ont subi. Donner la possibilité aux procureurs de la République de connaître des actes illicites alors même que la personne qui

a subit le préjudice n'est pas en mesure de savoir que l'information sur les actes illégaux à l'origine de son préjudice ont circulé auprès d'une autorité publique est contraire à la liberté personnelle, et notamment au respect de sa vie privée.

D'autre part, et plus globalement, l'objectif à valeur constitutionnelle de la recherche des auteurs d'infractions n'implique pas une obligation globale de dénonciation des délits. Certaines infractions obligent les individus, lorsqu'elles sont manifestes, à en dénoncer leur survenance dans l'objectif notamment de protéger l'intégrité des victimes⁶. Or, la dénonciation d'un délit déjà existant ne peut être à la charge d'une réserve citoyenne qui n'est pas dépositaire de l'autorité publique et ne dispose pas de moyens nécessaires à la constatation, avant toute procédure pénale d'enquête, d'une infraction. À ce titre, le champ d'application de cet article est extrêmement large et étend donc le risque de décision arbitraire à l'encontre des individus susceptibles d'être considéré auteur d'un délit.

Par conséquent, le procureur de la République ne peut être le réceptacle de toutes les illicéités portées à la connaissance de la réserve citoyenne sans que cela porte atteinte au principe de sûreté ainsi qu'au droit au respect de la vie privée respectivement garantis par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Sur les articles 40 et 41 et la violation du principe d'égalité

Les articles 40 et 41 de la loi déferée prévoient de réguler les jeux à objets numériques monétisables (ci-après JONUM) dans le cadre d'un régime expérimental particulier.

Sur le contrôle de l'égalité dans le cadre d'une expérimentation. Nous souhaitons rappeler que l'expérimentation normative prévue à l'article 37-1 de la Constitution permet de déroger au principe d'égalité. Cette dérogation n'a cependant pour étendue que la différence de traitement entre les personnes participant à l'expérimentation et celles n'y participant pas. Votre Conseil rappelle que l'expérimentation ne saurait porter sur une mesure qui est elle-même inconstitutionnelle, lorsqu'il avance que "l'article 37-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 susvisée, qui permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant

⁶ C'est notamment le cas en ce qui concerne les articles 434-1 et 434-3 du code pénal.

la loi ; que, toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle" (Décision n°2004-503 DC du 12 août 2004 ; cons. 9). Par conséquent, votre Conseil vérifie que l'expérimentation ne prévoit pas des mesures qui seraient elles-mêmes contraires au principe d'égalité si elles ne faisaient pas l'objet d'une expérimentation. Autrement dit, la dérogation constitutionnelle ne permet pas à ce que l'on puisse créer des différences de traitement injustifiées entre les personnes participant à l'expérimentation. Si tel était le cas, il serait alors possible de pérenniser un dispositif qui serait contraire au principe d'égalité. La Constitution permet donc seulement une dérogation au principe d'égalité concernant le champ d'application de l'expérimentation et non une dérogation globale et absolue au principe d'égalité.

Par conséquent, votre conseil peut exercer le contrôle de constitutionnalité de l'objet de l'expérimentation au nom du principe d'égalité.

Votre Conseil considère, de jurisprudence constante, que « *les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi . . . Doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'il n'en résulte pas pour autant que le principe d'égalité oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »* (Décision, n°2011-175 QPC du 7 octobre 2011, §4).

En ce qui concerne la différence de situation. Les articles 40 et 41 proposent de créer un régime juridique nouveau pour les JONUM les distinguant d'un régime juridique auquel ils pourraient appartenir, à savoir celui du régime juridique des jeux d'argent en ligne, tels qu'ils sont définis aux articles L. 320-1 et L. 320-5 du Code de la sécurité intérieure :

« *Sont réputés jeux d'argent et de hasard et interdits comme tels toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait dû, même partiellement, au hasard et pour lesquelles un sacrifice financier est exigé de la part des participants.* » (L. 320-1 du Code de la sécurité intérieure)

« *Les jeux d'argent et de hasard en ligne sont définis comme des jeux dont l'engagement passe exclusivement par l'intermédiaire d'un service de communication au public en ligne.* » (L. 320-5 du Code de la sécurité intérieure)

Cette définition est largement similaire à celle proposée à l'alinéa 2 de l'article 40. En effet, elle reprend toutes les caractéristiques légales de la définition des jeux d'argent : une offre au public (service de communication au public), un sacrifice financier et l'espérance de gains par l'obtention d'objets numériques monétisables.

Par conséquent la loi distingue juridiquement deux situations similaires.

En ce qui concerne la différence de traitement en rapport direct avec l'objet de loi. Les raisons de la régulation des jeux d'argent en ligne répondent à plusieurs objectifs constitutionnellement garantis, dont la protection de la santé publique – que votre Conseil rattache à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 (votre décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991) – ainsi que l'objectif à valeur constitutionnelle de la protection de l'ordre public qui est garanti notamment par la recherche des auteurs d'infractions, comme l'évasion fiscale (votre décision 2013-684 DC du 29 décembre 2013) ou encore la lutte contre le blanchiment d'argent (votre décision n° 2016-591 QPC du 21 oct. 2016).

Votre Conseil a d'ailleurs rappelé lors de sa décision concernant la privatisation de la Française des jeux, décision n°2019-781 du 16 mai 2019, que « *la privatisation de La Française des jeux ne saurait la faire échapper à la réglementation en matière de jeux d'argent et de hasard qui, en application du chapitre Ier de la loi du 12 mai 2010 mentionnée ci-dessus, a pour objet de limiter et d'encadrer l'offre et la consommation des jeux et d'en contrôler l'exploitation afin, notamment, de prévenir le jeu excessif ou pathologique et de protéger les mineurs [...]* ».

En effet, les jeux d'argents posent en soi un problème de comportement addictif. Leur diffusion en ligne a permis de limiter fortement la liberté d'entreprendre notamment, en raison de la facilité d'accès à ces jeux en ligne. Or, l'objet de la loi de régulation des JONUM répond aux mêmes enjeux celui de la protection de la santé publique et de la lutte contre les pratiques addictives. La Commission des jeux de hasard Belge avait d'ailleurs considéré en 2018 que les JONUM devaient être interdits ou régulés au titre des jeux d'argent et de hasard

en ligne, en raison du risque que ces derniers faisaient peser sur la santé publique⁷.

D'autre part, le régime juridique attaché aux jeux d'argent en ligne est extrêmement encadré. Les opérateurs autorisés à proposer ce type de jeux sont soumis à des règles strictes, notamment de contrôle de l'identité et de l'âge des joueurs⁸, ou encore le contrôle des logiciels et des données collectées par l'Autorité nationale des jeux (ANJ), les opérateurs doivent archiver toutes les données de jeu dans un dispositif spécial, situé en coupure entre le joueur et la plateforme, afin que les données ne puissent être altérées – il s'agit d'un coffre informatique directement accessible par l'ANJ, qui peut ainsi contrôler toutes les opérations sans avoir à demander d'extraction⁹. Ces seuls exemples sont suffisants pour déterminer une différence de traitement juridique excessive entre deux situations similaires alors même que les objectifs de la régulation des jeux d'argent en ligne et des JONUM sont les mêmes : la protection de la santé publique ainsi que la protection de l'ordre public.

Par conséquent, la différence de traitement entre les JONUM et les jeux d'argent en ligne n'est justifiée ni par une différence de situation en rapport avec l'objet de la loi, ni par un objectif d'intérêt général. Les articles 40 et 41 doivent donc être déclarés contraire au principe d'égalité.

Sur l'article 42 et l'incompétence négative tenant au renvoi au pouvoir réglementaire le soin de réglementer une collecte automatisée de données personnelles.

L'article 42 de la loi déferée prévoit de permettre aux autorités inscrites sur la liste prévue à l'article 36 de la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique d'expérimenter à des fins de recherche publique des collectes automatisées de données publiquement accessibles.

Votre Conseil contrôle que le législateur n'a pas manifestement manqué à ses obligations de donner aux droits et libertés constitutionnellement garantis

⁷ <https://www.rtf.be/article/jeux-video-la-fin-des-loot-boxes-pour-les-joueurs-belges-10134289>

⁸ Article 17 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

⁹ Article 31 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

des garanties légales nécessaires à l'exercice effectif de ces droits et libertés. En effet, votre Conseil rappelle régulièrement que : « *Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter des dispositions nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (Décision 2022-1003 QPC du 8 juillet 2022 ; cons. 5). À ce titre, le législateur ne peut agir en deçà de sa compétence sous peine d'être censuré pour incompétence négative.

Or, l'article 42 de la loi déferée, et notamment son alinéa 4 renvoie à décret pris en Conseil d'État après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le soin de préciser les modalités d'application de la collecte automatisée des données publiquement accessibles. Le législateur ne s'est dans ce cadre borné qu'à rappeler que « *ce service met en œuvre des méthodes de collecte de données publiquement accessibles strictement nécessaires et proportionnées* », ainsi qu'à prévoir une obligation de destruction des données dans un délai de 9 mois. Ce cadre législatif est insuffisant et n'impose aucune garantie légale au droit au respect de la vie privée, garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Le caractère public ou non d'une donnée ne peut donner un blanc-seing à une autorité de mettre en œuvre des méthodes automatisées de collecte de ces données. Le droit au respect de la vie privée implique que les données personnelles attachées à un individu ne puissent faire l'objet d'un tel traitement sans son accord exprès. Or la loi ne prévoit, ni n'oblige un tel accord.

Par conséquent, en renvoyant à un décret le soin de préciser les modalités d'application de l'article 42 de la loi déferée, sans prévoir de garantie légale suffisante, le législateur a agi en deçà de sa compétence. L'article doit donc être considéré comme inconstitutionnel en raison d'une incompétence négative.

—

Par ces motifs et tous autres à déduire ou suppléer même d'office, les auteurs et auteures de la saisine vous demandent de censurer les dispositions entachées d'inconstitutionnalité.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, en l'expression de notre haute considération.